

LA ELECCION DEL DIRECTIVO EN EL SECTOR PUBLICO. Libre designación con límites.

Dr. José Julián Isturitz

Profesor Doctor en la Escuela de Prevención y Seguridad Integral de la Universidad Autónoma de Barcelona



Aun en los puestos de libre designación, debe haber convocatoria pública y motivación en la decisión, no siendo ajusto a derecho el criterio de confianza. La titulación no puede ser específica sino general.

Resumen

A lo largo de los años los políticos han sido nombrando directivos públicos, atendiendo principalmente a criterios de identificación política y de confianza, lo que en la mayoría de las ocasiones ha hecho que candidatos mejor preparados y con mejor perfil profesional no hayan tenido, ni siquiera posibilidad de concurrir o ser tomados en consideración para ocupar puestos de dirección en el sector público.

Aun así, existe legislación que acota esta posibilidad y, aun siendo puestos, de libre designación, deben ser nombrado atendiendo a una serie de principios y criterios que la normativa establece.

En este texto, analizamos la situación, la normativa y diferentes sentencias que apuntalan, cada vez más, la profesionalización del directivo público.

1 Gobernanza-gestión

En la gestión de hoy en día se diferencian de manera significativa los diferentes roles de “gobernanza”¹ y los de “gestión”.

Gobernanza en una organización significa asumir la alta dirección estratégica, la misión, visión y valores y encajarla en los compromisos programáticos de quien en ese momento goce de la confianza de los ciudadanos. En el sector privado, esa tarea la realizan los consejos de administración, mientras que, en el sector público, normalmente corresponde al Consejo de Gobierno y/o Consejero responsable de la materia, así como, el Consejo Rector, en las organizaciones donde las hay.

Por otra parte, la gestión requiere aptitudes y actitudes de capacitación, de habilidades directivas y de liderazgo, capacidades de seguimiento de objetivos, control de gestión, cuadro de mandos, indicadores de evaluación, que permiten una mejor eficiencia en la organización. Estamos ante dos funciones diferentes pero complementarias entre sí.

Su aplicación en el sector público responde a una serie de consideraciones de interés público. La autoridad es la depositaria de ese título, al obtenerla, a través, de las personas mediante el voto, y, por lo tanto, nos debemos a ella.

Pero tampoco, desde la responsabilidad política debe olvidarse que el ciudadano los elige para que los servicios públicos sean los mejores, y, por lo tanto, los políticos también están obligados socialmente, cada vez más, a que la gestión de estos servicios sea más eficiente, para lo cual, deben seleccionar a los mejores profesionales, en base a indicadores exclusivamente profesionales.

2 Visión directiva

En los últimos años, ha sido tema de discusión en los foros profesionales, la conveniencia de que los directivos de los servicios del sector público sean conocedores de la gestión de su materia, con una alta capacidad de liderazgo y habilidades directivas claras, y en esencia, se ha enfatizado la necesidad de que sean profesionales, lo que entre otras cosas significa que, atendiendo a la particularidad de esta materia, procedan del propio sector. En definitiva, está muy extendido que los directivos públicos deben tener un carácter eminentemente profesional y no político, o al menos, no debe ser este último el que prime sobre el primero.

Cuando se ejerce esta actividad profesionalmente, gestionando el “ambiente cambiante”², se ofrece al dirigente político, el mejor saber, lealtad y eficacia. No se le puede ofrecer ni más, ni menos.

Un directivo público debe estar capacitado para dirigir servicios públicos y, además, conocer con profundidad el sector. Hay muchos profesionales capaces de liderar los procesos de cambio que necesitamos, las eficiencias en el sistema y la dirección de los equipos humanos, solo hay que buscarlos y reclutar a esos gestores. Podemos afirmar que existen, pero hay que darles la oportunidad de actuar, darles confianza y capacidad de decisión. El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público ya prevé la publicidad en los procedimientos de selección de directivos, de forma que podemos utilizar estos criterios para que nos ayuden a desterrar la tradicional endogamia y seguro que aparecerán nuevos gestores verdaderamente capaces.

En los últimos años, ya vienen produciéndose en nuestro entorno ejemplos de direcciones profesionales de forma que cada vez son más y debemos congratularnos por ello. Por ello, debemos sentirnos orgullosos por este tipo de selección, pero también debemos abundar en el sentimiento de responsabilidad que esto debe producirnos. Algo parece estar cambiando, es cierto, estamos ganando la confianza de nuestros políticos y cada vez son más los que recurren a empresas “cazatalentos” o a selecciones externas, para reclutar a sus directivos con criterios profesionales. Ahora es tiempo de responder bien a estas oportunidades y demostrar que somos capaces y que aquello que hemos ido pidiendo durante décadas en los congresos, jornadas y foros de opinión, sea una realidad más extendida.

No obstante, una vez que un servicio ya está puesto en marcha, parece que “cualquiera” es capaz de dirigirlo, y a menudo se comete el error de seleccionar directivos sin una mínima capacitación profesional en gestión, ni liderazgo institucional, ni social. Por otra parte, “cuando el líder no sabe empatizar, ni interpretar adecuadamente la emoción ajena, genera disonancia y transmite innecesariamente mensajes perturbadores, en cuyo caso la atención del grupo se desvía de su misión y se centra en el malestar colectivo”³.

Por lo tanto, cuando un político, a veces desoyendo a su partido, deposita su confianza en un profesional –bien seleccionando un directivo, o buscando en el sector a aquel más adecuado al puesto- merece un reconocimiento por su valentía al modificar la tendencia habitual de elegir para un cargo de gestión a una persona con perfil exclusivamente político, y, además, demuestra una voluntad clara de hacer bien las cosas, un deseo de servir de verdad a los ciudadanos que le han votado.

Por todo ello, este es el actual reto: profesionalizar la gestión y ser leales, profesionales y sabiendo “gestionar el equilibrio”⁴.

3 Consideración de directivo

La consideración y regulación de directivo, como acepción general y sus acotaciones funcionales, tales como Director General, Director Gerente, Gerente, Coordinador General, Director Técnico y similares, tenía una regulación muy vaga, la cual ha sido acotada, a través, de la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local⁵ (LBRL) y, sobre todo, del Estatuto Básico del Empleado Público⁶ (EBEP).

Para el EBEP, es “personal directivo profesional” el que el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas puedan establecer, en desarrollo de este Estatuto. Es personal directivo, el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.⁷

En el ámbito Local, son” Órganos directivos”⁸, entre otros, los siguientes: Coordinadores generales de cada área o concejalía. Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías.

Además, tiene la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales⁹.

En este sentido cabe citar que las empresas públicas son entidades pertenecientes al sector público, por lo que se les aplica lo indicado con anterioridad.

4 La profesionalización de la gestión directiva en el sector público.

La gestión directiva en el sector público debe estar cubierta por personal capacitado, con una determinada titulación y atendiendo a los principios de “mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”.

Ya existen varias sentencias, que detallaremos a continuación, en las que se declara no ajustada a derecho aquella provisión de puestos de dirección o gerencia en el cual se haya provisto sin convocatoria pública, motivación e incluso una justificación de “confianza”.

4.1 Principios y evaluación¹⁰

La designación atenderá a los siguientes principios y criterios:

- a) Mérito
- b) Capacidad

- c) Idoneidad
- d) Se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

4.2 Evaluación¹¹

El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados.

4.3 Limitaciones en la administración local

En el caso de la administración local, el nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario¹².

Esto significa que puede acceder a estas posiciones cualquier persona, siempre que cumpla con la titulación correspondiente al subgrupo A1, es decir, Doctor o Grado (además de las denominaciones anteriores de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto y equivalentes.) y así esté prevista esta posibilidad en el Reglamento Orgánico correspondiente.

4.4 Criterio de confianza

El criterio de confianza no puede ser utilizado como criterio de selección, según la Sentencia del 18 de octubre de 2013 de la Sala 2ª de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Santa Cruz de Tenerife (STSJ ICAN 4134/2013), que destaca en su fundamento jurídico 4º, entre otros, lo siguiente:

“El puesto de trabajo de Gerente ha de ser ocupado por personal directivo profesional según criterios técnicos y no políticos”.

“Publicado el EBEP, el personal directivo ya no puede ser nombrado con criterios de confianza como si de un puesto de asesoramiento personal se tratase, sino que ha de ser seleccionado de entre los participantes que hayan concurrido previa convocatoria pública en función de su idoneidad técnica o profesional para desempeñar la función ejecutiva convocada.”

4.5 Contratos de alta dirección

Los contratos de alta dirección también están sujetos a los principios constitucionales.

Específicamente, para la selección de un Gerente, destaca la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (STSJ AS 19/2015) con los siguientes fundamentos de derecho:

“Sentado lo anterior debemos señalar que la aplicación de los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos proclamados en el art. 23.2 de la Constitución resultan aplicables al procedimiento de selección, sin que la calificación de la relación laboral especial de alta dirección permita eludir la aplicación de lo establecido

en la Constitución sobre la igualdad de acceso a los cargos públicos, siendo así que de la calificación del mismo como personal laboral según lo establecido en las Relaciones de Puestos de Trabajo, aun cuando se trate de un contrato de alta dirección previsto en el Real Decreto 1382/1985, como resulta del propio contrato aportado a las presentes actuaciones, no pone en suspenso la vigencia de los principios constitucionales...

...contratación del personal laboral a su servicio atienda siempre a los principios de mérito, capacidad e idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia..."¹³

4.6 Libre designación -Motivación de la decisión-

Los nombramientos, aunque sean de libre designación, deben ser nombrados atendiendo a los principios y criterios establecidos en el EBEP y habrán de **efectuarse motivadamente** y de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

En esta línea, en STSJ Canarias, de fecha 18 de marzo de 2016, se dice que:

"...Es doctrina jurisprudencial consolidada -que, por conocida, excusa su cita en detalle- la que establece que la legitimidad del ejercicio de la potestad discrecional sólo es visible a través de la motivación de la decisión, lo que comporta la exigencia de que la decisión sobre la selección de la persona elegida sea rigurosamente motivada desde la perspectiva de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad....Y en el presente caso, ya no es sólo que no sea puramente discrecional la potestad que se pone en juego cuando se provee un puesto de libre designación, sino que, además, la decisión adoptada...no cumple en absoluto con la exigencia referida...pues, como atinadamente sostiene el apelante, el acto de nombramiento acude a fórmulas estereotipadas, vacías de contenido concreto, válidas para cualquier caso y, por tanto, insuficiente para todos..."

La sentencia sigue añadiendo, "Sin embargo, se echa en falta la valoración de las propuestas realizadas por los demás aspirantes, y por qué, las mismas desmerecen a las del elegido, a fin de ahuyentar las alegaciones sobre arbitrariedad y confianza y defender el respeto de los principios de mérito y capacidad, como reclama el recurrente, ..."

Una nueva sentencia, de **enero de 2019**, anula un proceso selectivo de Gerente por falta de motivación y examen comparativo de los candidatos. Es la Sentencia 000045/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que da la razón a un aspirante al puesto de Gerente en una Fundación pública, por falta de motivación en el puesto, aunque sea de libre designación.

En su Fundamento Jurídico 5ª dice:

"En cuanto al motivo referido al déficit de motivación de la resolución recurrida, la sentencia de instancia aborda dicha insuficiencia, que no ausencia, en una doble perspectiva: a) por reducción a la descripción del proyecto de un solo de los candidatos al puesto con exclusión de los demás y por ausencia de todo examen comparativo con las demás propuestas, y b) por apartamiento en la motivación de la Base Cuarta de la convocatoria con introducción como nuevo criterio el referido a la proyección que el nuevo Patronato quiere dar a la Fundación sin concreción del concepto indeterminado".

Y añade:

“se echa en falta”, el examen comparativo con los demás candidatos lo cual debe entenderse como irregularidad invalidante de la motivación.

La rigurosidad exigible de puestos de libre designación a cubrir en procesos selectivos da a la Administración una amplia discrecionalidad técnica, que va unida, como uno de los instrumentos más relevantes de control, a la rigurosa motivación que, además, debe ir referida a los criterios o requisitos de las bases de la convocatoria.

5 Titulaciones

Como es bien conocido, tanto en el sector público como fuera de él existen algunas profesiones que precisan para su ejecución de un determinado título habilitante específico. Por ejemplo, para ejercer de médico hay que ser Graduado (antes Licenciado) en Medicina. Por el contrario, existen determinados puestos de trabajo en los que no es necesaria una determinada titulación para ejercer esa profesión, como por ejemplo los puestos de dirección.

Ante la falta de una titulación oficial específica para el acceso a los puestos de técnico superior o dirección, de los grupos A (A1 y A2) de la Administración Pública, en muchas convocatorias a este tipo de puestos, se ha venido restringiendo el acceso mediante la solicitud como requisito, de una determinada titulación. Concretamente, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad y emergencias, venían siendo la de ingeniero industrial, arquitecto o incluso capitán de la marina mercante.

Es de destacar que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en múltiples sentencias que confirman que:

“(…) las orientaciones actuales hayan de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficientes, de forma que no es deseable la consagración de un monopolio profesional por razón del título, al subyacer en muchas titulaciones una capacidad técnica común y genérica que conlleva un nivel técnico suficiente para el desempeño de los puestos.

(…) frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores, de un fondo igual de conocimientos técnicos que con independencia de las distintas especialidades permiten el desempeño de puestos de trabajo, en los que no sean necesarios unos conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida, sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido”.¹⁴

Esto, no ha sido materia insignificante, sino que incluso ocupó a algún Colegio Profesional, que procedió a recurrir una convocatoria para mando de una entidad pública local de Bomberos¹⁵. La sentencia a este recurso comparte el razonamiento del informe emitido por la Asociación Profesional de Técnicos de Bomberos que también apoyaron, entre otros, el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; el de Biólogos; el de Ingenieros de Telecomunicación y la Sociedad Canaria de Medicina de Urgencias y Emergencias, en el sentido de que:

“Si bien, históricamente existieron razones para reservar los puestos directivos a los arquitectos e ingenieros industriales, en la actualidad no parece justificada la reserva del monopolio competencial a una titulación concreta”. La sentencia añade que, “la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que, no es deseable la consagración de un monopolio profesional por razón del título, al subyacer en muchas titulaciones una capacidad técnica común y genérica que conlleva un nivel técnico suficiente para el desarrollo de los puestos”¹⁶.

En definitiva, para el acceso a puestos de responsabilidad, ejecutivos y directivos, es contrario a la normativa vigente exigir una determinada titulación que limite la concurrencia de otros candidatos con una titulación genérica.

6 Conclusiones

Por lo tanto, la designación de un cargo directivo profesional en cualquier tipo de organización del sector público, tipo Gerente, Director Gerente, Director técnico o similar, puede efectuarse mediante libre designación, con tal de que se haya efectuado mediante convocatoria pública, haya existido por lo tanto, concurrencia y la elección del seleccionado se haya efectuado respetando los principios de igualdad, idoneidad, mérito y capacidad y la decisión haya sido motivada, no sirviendo en esta motivación el criterio de confianza.

¹ Gobernanza: Estudia todos los mecanismos, procesos y reglas a través de los cuales se ejerce la autoridad económica, política y administrativa de una organización, tanto empresarial como estatal o del tercer sector (ONG). Busca comprender cómo queda determinada la conducta de las instituciones por todo el variado conjunto de agentes y reglas que influyen sobre ella. Indica modo de gobierno de instituciones. Fuente: Instituto de Gobernanza empresaria y pública. <http://www.igep.org.ar/index.php/gobernanza/que-es-gobernanza>

² FRENCH, W., y colaboradores, *Desarrollo organizacional*, Editorial Perason, 1995, pág. 355 y ss.

Wendell L. French, es un experto de la Universidad de Washington en desarrollo organizacional, disciplina que surge a finales de los años cincuenta y principios de los sesenta, como una estrategia singular para mejorar la organización. Este surgimiento está basado en los descubrimientos de la dinámica de grupo y en la teoría y la práctica relacionadas con el cambio planificado para la mejora de las organizaciones.

³ GOLEMAN, G. *El líder resonante crea más*, Plaza y Janés, Barcelona, 2002, pág. 49.

⁴ HOOD, C. *El gobierno del riesgo*, Ariel, Barcelona, 2006., pág. 131 y ss.

⁵ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>

⁶ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Artículo 13.2. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>

⁷ EBEP. Art. 13

⁸ LBRL. Art. 130.1

⁹ LBRL. Art. 130.2

¹⁰ EBEP. Artículo 13.2.

¹¹ EBEP. Artículo 13.3.

¹² LBRL. Artículo 130.3

¹³ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS. Fundamento de derecho 4º, de la Sentencia 19/2015.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo del 13 noviembre 2006 (casación 5049/01), 2 de febrero de 2007 (casación 6329/01 y 5 de marzo de 2007 (casación 426/02). Fuente: http://cemical.diba.cat/es/sentencias/STS/STS_9806_2004.pdf

¹⁵ Sentencia 42/2011, del 11 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que resolvió a favor del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, en el sentido de desestimar una demanda interpuesta por el Colegio oficial de ingenieros industriales de Canarias, que consideraba que los puestos de jefatura y dirección en el mencionado Consorcio debía estar cubierto por ingenieros industriales. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6168689&links=&optimize=20111109&publicinterface=true>

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo del 13 noviembre 2006. Ya citada.